

O CONTROLO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Lídio de Magalhães*

Como é sabido, a competência do Tribunal de Contas analisa-se em duas vertentes principais: competência de tipo jurisdicional e competência de auditoria.

A primeira vertente da competência do Tribunal – que faz jus à inclusão deste órgão entre os Tribunais, na Constituição – exerce-se através de decisões, com força obrigatória geral, nos mesmos termos dos restantes tribunais, visando aferir da conformidade de actos ou de condutas com a lei.

*Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas

Em sede jurisdicional, e tal como os outros Tribunais, tem também a competência para desaplicar normas que infrinjam as disposições constitucionais ou os princípios consignados na Constituição.

No que respeita à outra função referida, tem ela por fim o de realizar auditorias que, em termos simples, podemos definir como análises da conformidade de uma determinada actuação com determinadas normas ou objectivos a que se segue a emissão de uma opinião.

Em relação ao controlo da contratação pública a competência em sede jurisdicional exerce-se principalmente através da fiscalização prévia (ou “visto”) que ainda marca, de forma muito

impressiva, a fisionomia da Instituição e que está a cargo da 1.^a Secção.

De acordo com uma longa tradição, diz a lei ter a fiscalização prévia a função de fiscalizar a legalidade e o cabimento orçamental de actos e contratos que geram despesa (sendo de salientar que, actualmente, quase só contratos – mas não apenas administrativos – são analisados nesta sede).

A apreciação de tais contratos (que apenas incide sobre aqueles cujo valor excede 321 920,00€) exprime-se em uma das três decisões possíveis: ou o visto é concedido (e diz-se que o contrato é visado) ou é recusado ou (em resultado de inovação introduzida pela Lei n.º 98/97, de 26/8) é visado com recomendações.

Inovação muito importante da Lei de 1997 é da existência de uma lista restrita de ilegalidades que determinam a recusa de visto: ilegalidade geradora de nulidade, falta de cabimento, violação de norma financeira, ilegalidade susceptível de alterar o resultado financeiro.

Alterou-se assim – e bem, embora se possa discutir se é este o elenco mais adequado – o sistema secular que tornava possível, pelo menos em teoria, a recusa de visto detectada que fosse qualquer ilegalidade, por mais irrelevante.

O visto com recomendações é apenas possível quando o vício consista em ilegalidade susceptível de gerar alteração do resultado financeiro.

De acordo com a lei o Tribunal pode, em decisão fundamentada conceder o visto e fazer recomendações “no sentido

de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades” (n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97).

Voltaremos às recomendações mais tarde.

Aspecto da maior importância quando se pretende analisar os resultados da fiscalização é o dos efeitos da recusa de visto.

De acordo com a tradição e com os próprios objectivos desde sempre assinalados ao instituto, a fiscalização prévia deveria obstar à produção de efeitos contratuais enquanto o visto não fosse concedido.

Não é assim, porém, de acordo com o regime actualmente em vigor.

O contrato pode produzir todos os seus efeitos, incluindo os financeiros, até à notificação da decisão de recusa do visto transitada em julgado (cfr. art.º 45.º, n.ºs 1 e 3, e 98.º, n.º 4, da Lei n.º 98/97), cumprido que seja o ónus de enviar o respectivo processo no prazo estabelecido no n.º 2 do art.º 81.º da Lei n.º 98/97, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29/8 (cfr. ainda art.º 82.º n.ºs 2 e 4).

Este sistema veio a possibilitar, nomeadamente em relação aos contratos de “trabalhos a mais”, a ineficácia – e mesmo a inutilidade – da actividade de fiscalização prévia sobretudo porque o Tribunal, em outra sede, nunca foi chamado a punir os infractores.

Adiante se voltará a este tema.

Ainda em sede de competência jurisdicional, a 3.ª Secção do Tribunal, profere decisões jurisdicionais – em 1.ª instância ou em

recurso – em matéria de responsabilidade (sancionatória, reintegratória ou por multa) ou de julgamento de contas.

Cabe-lhe, assim, condenar os responsáveis a repor no erário público dinheiros (desaparecidos, desviados, não arrecadados ou utilizados em pagamentos ilegais) e, bem assim, aplicar multas por ilícito financeiro (art.º 65.º) ou por violação dos deveres de colaboração com o Tribunal (art.º 66.º).

Sobrevivem ainda, na terminologia da lei (cfr. art.º 58.º) os julgamentos de contas, mas a verdade é que, na prática, tais julgamentos desapareceram quase por completo (o que levanta de resto um problema de compatibilidade entre o texto constitucional – que se refere, no art.º 214.º, ao Tribunal como “órgão de julgamento de contas”, fazendo jus à denominação secular – e a legislação em vigor).

É óbvio que continua a haver a prestação de contas nunca sendo demais frisar que o dever de prestação de contas não incide sobre o Instituto X ou a entidade Y mas sobre aqueles que exerceram a respectiva gestão.

Apenas há julgamento de contas quando sobre estas se exerce a chamada verificação externa de contas (uma espécie de auditoria específica sobre as contas) actividade que, por seu turno, tem também pouca expressão no âmbito das funções da 2.^a Secção.

Em sede de condenações relacionadas com contratos a jurisprudência da 3.^a Secção é escassa, como escassos são também os casos levados a julgamento.

A maior fatia corresponderá ao julgamento da infracção resultante da falta de cumprimento do prazo de envio para

fiscalização prévia dos contratos que produziram efeitos antes do visto.

Há, ainda, um ou outro caso de decisões sobre falta de cabimento, falta de procedimento adequado à despesa (designadamente por fraccionamento artificial desta) e pouco mais.

Em termos de competência de auditoria temos a considerar a fiscalização sucessiva e a fiscalização concomitante.

A fiscalização sucessiva está a cargo da 2.^a Secção, que ocupa 9 juízes, e produz extensos e circunstanciados relatórios.

Recorrendo aos números de 2005 pode ver-se que aí se desenrola uma intensa actividade de auditoria, em várias direcções.

Assim, a 2.^a Secção levou a cabo 101 auditorias, das quais 34 orientadas (ou dirigidas “ad hoc”), 24 financeiras (isto é contabilísticas e de legalidade), 15 operacionais (ou de gestão), 15 integradas (isto é, simultaneamente financeiras e operacionais), 11 de projectos ou de programas e duas de sistemas.

As conclusões e observações de auditoria bem como as respectivas recomendações contêm informação muito relevante sobre a contratação pública, embora não especificamente vocacionadas para o efeito, salvo o caso, eventualmente, de auditoria orientada “ad hoc” para um procedimento contratual.

Mais tarde veremos o que pode retirar-se destes importantes documentos da actividade do Tribunal.

Resta-nos referir a fiscalização concomitante, também integrada em sede de competência de auditoria.

Tal forma de fiscalização pode ser levada a cabo pela 1.^a Secção como complemento da actividade de fiscalização prévia ou pela 2.^a Secção, numa vertente de controlo não sucessivo (cfr. art.º 49.º da Lei n.º 98/97, na redacção da lei n.º 48/2006, de 29/8)

A 1.^a Secção exerce a sobredita forma de fiscalização em relação a actos e contratos que não estão sujeitos a fiscalização prévia ou em relação à execução de contratos visados.

Espera-se que esta forma de fiscalização permita uma mais eficaz fiscalização dos contratos referentes a “trabalhos a mais”.

Como é sabido, a ocorrência muito frequente de “trabalhos a mais” nas empreitadas de obras públicas é um dos mais graves problemas da contratação pública em Portugal. Por força do sistema em vigor as frequentes decisões de recusa de visto proferidas em tais contratos eram praticamente inúteis (por estarem já as

obras concluídas, por exemplo) sendo que, por outro lado, parecendo enquadrar-se tais condutas em ilícitos financeiros previstos e punidos no artigo 65.º da Lei n.º 98/97, a verdade é que, um tanto inexplicavelmente, os respectivos autores nunca foram levados a julgamento.

Com as alterações legislativas agora introduzidas – nomeadamente a que obriga a enviar os contratos adicionais ao Tribunal no prazo de 15 dias a contar do início da sua execução (art.º 47.º, n.º 2) – julga-se melhorar a eficácia na apreciação.

De resto, quando detectada em acção de fiscalização concomitante a ilegalidade do procedimento pode a entidade fiscalizada ser obrigada a remeter o contrato para visto, sustentando-se entretanto a sua eficácia.

Ao abrigo deste novo sistema a 1.^a Secção tem, neste momento, em execução várias acções de fiscalização concomitante sobre “trabalhos a mais”.

Como se viu acima, também a 2.^a Secção que tem como alvo principal da sua acção a fiscalização sucessiva, pode levar a cabo acções de fiscalização concomitante visando a “actividade financeira exercida antes do encerramento da respectiva gerência” – art.º 49.º, n.º 1, al. a).

Vista numa outra perspectiva de resultado há que ver qual a eficácia ou, pelo menos, a utilidade dos veredictos do Tribunal de Contas.

Já vimos acima que as recusas de visto são proferidas no exercício da competência jurisdicional do Tribunal de Contas, sendo, assim, obrigatórias.

A eficácia, apesar de diminuída nos termos sobreditos, mantém-se, uma vez que pelo menos a partir do trânsito em julgado da recusa de visto, os efeitos não podem mais produzir-se.

É claro que a eficácia será total nos casos em que o decisor público, usando de prudência, não inicia a execução da obra ou do fornecimento antes do visto.

Nos casos em que dá início à execução do contrato e se vem a revelar que houve ilegalidade, a recusa de visto expõe-no a consequências nomeadamente as que agora se enunciam no n.º 5 do art.º 59.º da Lei n.º 98/97, para além da eventual punição pela

violação de normas sobre assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos – art.º 65.º, n.º 1, al. b).

Crê-se, assim, que a fiscalização prévia, directa ou indirectamente, recuperou alguma utilidade depois de muitos anos de progressivo apagamento ou até de morte pré-anunciada.

De salientar também, neste novo fôlego da fiscalização prévia, o retorno ao âmbito objectivo e subjectivo da sua competência de contratos que dela tinham sido arredados ao longo destes últimos anos – cfr. nova redacção da alínea c) do n.º 1 do art.º 5.º.

Uma análise puramente exterior da actividade do Tribunal consideraria que as decisões condenatórias proferidas na 3.ª Secção encerrariam uma importância fulcral na actividade do Tribunal.

A verdade é que o número de condenações não tem sido muito significativo, tornando ainda mais exíguo um já de si escasso acervo de acusações formuladas pelo Ministério Público.

Se usarmos um critério quantitativo, fazendo apelo aos montantes envolvidos, temos que foram ordenadas reposições nos anos de 2003, 2004 e 2005 dos valores de, respectivamente, 1 197,11€, 7 775,73€ e 348 515,83€.

No conjunto dos mesmos anos verificou-se a aplicação de sanções no valor acumulado de 14 095,10€ a que se juntaram os montantes de pagamentos voluntários de sanções de 36 416,19€ e de reposições de 2 409,12€.

A situação tem muito a ver com a existência de um sistema que não propiciou o “diálogo processual” entre a 2.^a Secção – onde se leva a cabo a esmagadora maioria da actividade de auditoria do

Tribunal – e o Ministério Público que, até à pouco, detinha o monopólio da acusação.

A existência, reconhecida, de uma grande quantidade de arquivamentos por parte do Ministério Público que, por razões que são decerto as melhores, não se tem sentido com competência ou com meios para desenvolver diligências que permitissem formular acusações – ou torná-las mais consistentes – levou à adopção de alterações na lei a que adiante aludimos..

Disfunção, como alguém chamou à situação, é o mínimo com que se podia qualificá-la, perante uma opinião pública crescentemente atónita com arquivamentos e absolvições em matérias em relação às quais haviam sido anunciadas graves e onerosas violações da legalidade financeira ou erros clamorosos e grosseiros de gestão.

Um primeiro passo foi finalmente dado, nove anos após a publicação da Lei n.º 98/97 fazendo desaparecer nomeadamente o exclusivo da acusação por parte do Ministério Público em certos casos, e deferindo-lhe o poder-dever de realizar diligências o que permite algum optimismo sobre a matéria.

Aspecto de particular interesse na actividade do Tribunal é o que se relaciona com as suas recomendações.

A lei refere-se-lhes não só a propósito das recomendações de auditoria (medidas a adoptar para corrigir as deficiências detectadas) mas também a propósito das que são emitidas em sede de fiscalização prévia.

É altura de abordar em que medida são eficazes e como podem vincular os decisores públicos.

As recomendações são, em princípio, vinculativas, assim resultando da circunstância de o seu grau de acatamento ser factor de avaliação da culpa – art.º 64.º, n.º 1 – ou mesmo da relevação da responsabilidade – art.º 65.º, n.º 7, al. b).

Por seu turno, pode ser fundamento de responsabilidade reintegratória o não acatamento de certas recomendações – art.º 62.º, n.º 3, al. c) – e é infracção punível com multa o não acatamento reiterado e injustificado das recomendações do Tribunal de Contas – art.º 65.º, n.º 1, al. j).

No que especificamente diz respeito aos processos de fiscalização prévia já se viu que, em certos casos, o Tribunal pode substituir a recusa de visto por um visto com recomendações que

podem ir no sentido de suprir (na execução daquele contrato) ou de evitar, no futuro (ou seja, em futuros contratos), tais ilegalidades – art.º 44.º, n.º 4.

Em sede de fiscalização prévia, a eficácia das recomendações pode eventualmente ser acrescida, ao menos na medida em que, por ocasião da análise de um novo contrato submetido à sua apreciação, o Tribunal leve em conta o não acatamento da recomendação anterior.

Aspecto interessante da problemática que nos ocupa – resultados – é o de saber se, mesmo na ausência, como vimos, de um sistema sancionatório forte e de uma fiscalização prévia eficaz, a acção do Tribunal de Contas se sentiu ao nível da correcção de erros na contratação pública.

Práticas que fizeram escola na contratação pública estão hoje, ao que se julga, desaparecidas ou atenuadas em resultado da firme oposição do Tribunal de Contas. De entre elas cite-se, a título de exemplo, a da aquisição de viaturas ou outros equipamentos a coberto de contratos de empreitada ou a inclusão de obras em simples contratos de fornecimento, a “encomenda” de fogos da chamada “habitação social”, de valores avultadíssimos, à margem de qualquer procedimento concorrencial, a falta de rigor no cálculo do preço-base ou omissão da sua previsão.

Persistem ainda, no entanto, alguns aspectos de ilegalidade por vezes chocante na contratação pública, nomeadamente no que diz respeito às regras da concorrência.

Parece haver em Portugal uma tendência forte para desvalorizar a concorrência: é frequente a Administração argumentar, para justificar a ausência de procedimento

concorrencial aberto, uma suposta e não demonstrada inexistência de concorrentes à obra ou ao fornecimento.

A um observador atento não escapará um certo jogo do gato e do rato com decisores públicos tentando aligeirar procedimentos e o Tribunal tentando impor o cumprimento da lei, nomeadamente através de numerosas e reiteradas recomendações de auditoria.

Concentremo-nos agora nos aspectos referentes a contratação pública que continuam a merecer a atenção do Tribunal, nas várias vertentes da sua actividade.

Pode dizer-se que no cerne de grande parte da análise feita se encontra o princípio da concorrência por si ou em conjugação com outros princípios que devem enformar a contratação pública.

A deficiência mais relevante que é assinalada na análise dos contratos é a omissão de concurso público quando obrigatório (ou, em todo o caso, a omissão de qualquer outra fórmula procedimental aberta: concurso limitado com publicação de anúncio ou concurso limitado por prévia qualificação).

A Administração esgrime habitualmente – embora com pouca convicção – com as circunstâncias (muito delimitadas e excepcionais) em que é possível prescindir do procedimento aberto.

Por vezes há também a pura e simples omissão de procedimento concorrencial com invocação de circunstâncias que a lei não contempla ou com errada apreciação dos pressupostos de facto. É frequente invocar-se a, por exemplo, urgência imperiosa para recorrer ao ajuste directo, ficando depois os processos longos meses parados num desmentido flagrante da invocada urgência.

A persistência da acção do Tribunal de Contas na fiscalização da contratação pública, ainda que com os limites consabidos, leva a que frequentemente se levem à conta de exigências do Tribunal de Contas aquilo que decorre inequivocamente da lei.

É frequente ouvir-se ou mesmo ler-se que é necessário desenvolver o concurso público por causa do Tribunal de Contas.

O concurso público é visto como uma inutilidade burocrática e não como um método de escolha da melhor proposta, como o ponto de encontro entre os interesses dos particulares candidatos a contratar e as da Administração, sem esquecer a importante função de legitimação da escolha que me é peculiar e que Margarida Olazabal Cabral define do seguinte modo: “é necessário não só assegurar que seja efectivamente escolhido o melhor, mas igualmente garantir que toda a comunidade acredite que foi feita

uma boa escolha, baseada apenas no interesse público e sem a interferência de quaisquer outros factores estranhos”⁽⁼⁾.

Caso paradigmático de más práticas de contratação pública em Portugal é o que se relaciona com os “trabalhos a mais”.

A prática actual a esse propósito ostenta deficiências ao nível de concepção das obras, inadequação dos projectos em relação à intenção do dono da obra, ausência total de revisão de projectos, da falta de fiscalização e, ao cabo e ao resto, uma certa lassidão face ao consumo de dinheiros públicos.

Nos “trabalhos a mais” conflui ainda a existência de décadas de práticas laxistas e, até 1993, de uma legislação permissiva na matéria.

⁽⁼⁾ – “O Concurso Público nos Contratos Administrativos”, pág. 113.

Ao contrário do que por vezes se ouve, os “trabalhos a mais” representam também, além do mais, um rude golpe nas regras da concorrência. Por um lado, porque traduzem uma alteração, por vezes vultuosa, da obra tal como foi submetida a concurso e, por outro, porque, quando se trata de pura e simples obra nova, a pretexto da empreitada anterior (com o já celebre argumento do “já agora...”) ela é totalmente subtraída à concorrência.

Os “trabalhos a mais” são muitas vezes concebidos como um método normal de desenvolvimento da obra – numa espécie de “navegação à vista” – e não como um remédio a utilizar na sequência de circunstâncias excepcionais.

Vem a propósito recordar que, na directiva europeia cuja transposição se aguarda (cfr. art.º 31.º, n.º 4, al. a) da Directiva n.º 2004/18/CE), continua a exigir-se para a validação de “obras complementares” sem procedimento aberto o terem-se tornado

necessárias na sequência de uma circunstância imprevista, pelo que, salvo melhor opinião, não se afigura poder alterar-se substancialmente o regime em vigor.

De salientar também as actuações tendentes a contornar o limite legal de 25%, através de ajustes directos feitos à margem do contrato de empreitada ou da supressão parcial do objecto da empreitada como forma de obter supostos “trabalhos a menos” que façam descer artificialmente, por abatimento, a percentagem dos “trabalhos a mais”.

Muitos dos trabalhos a mais resultam da falta de rigor na elaboração de projectos ou até do lançamento de obras que mais tarde o dono da obra vem reconhecer não corresponderem sequer ao que se pretendia, sem que ninguém tenha dado por isso, o que revela, além do mais, uma preocupante falta da revisão dos projectos antes do lançamento das obras, seguida da inexistência de

acompanhamento ou fiscalização digna desse nome. Já se viram mesmo casos em que o dono da obra alegou que não conhecia o projecto porque o concurso fora de concepção-construção...

Mas a concorrência – que, como se sabe, é um dos fundamentos basilares da construção europeia – não sai prejudicada apenas nos “trabalhos a mais”.

O Tribunal tem assinalados casos de contradição entre os vários documentos do concurso ou de falta de rigor na fixação dos critérios de admissão (sendo certo que, a este propósito, como se sabe, é permitida a fixação de requisitos específicos desde que adequados e proporcionais).

Não são também desconhecidos casos em que, sendo o prazo de execução da obra um dos factores do critério de adjudicação, se excluíram propostas que apresentavam prazos de execução

inferiores ao prazo máximo com o fundamento de que não eram permitidas propostas variantes...

Ainda no aspecto da concorrência saliente-se a adopção em sede de avaliação de propostas, de fórmulas absurdas ou incongruentes, ainda por cima frequentemente desacompanhadas na sua aplicação de fundamentação adequada.

Violadora da concorrência é também, por exemplo, o frequente lançamento de empreitadas na modalidade de concepção-construção fora dos estritos termos em que está prevista e manifestamente fora dos casos em que se justifica. Na verdade, a concepção-construção torna muito mais complexa a comparação das propostas para além de exigir um acompanhamento da obra muito exigente de que raras vezes o dono da obra se mune.

O Tribunal de Contas detecta frequentemente quer em sede de fiscalização prévia, quer por ocasião da fiscalização sucessiva, insuficiência ou ausência total de cabimentação nos documentos financeiros anuais ou plurianuais obrigatórios, o que, para além da patente ilegalidade faz pressupor uma prática de decisão sem adequada ponderação da repercussão dos compromissos financeiros.

As omissões detectadas são de molde a que não possam considerar-se surpreendentes as situações que grassam pela Administração e a que a opinião pública pôs o pitoresco nome de “buracos orçamentais”.

De notar, a final, nesta breve resenha, a detecção na fiscalização dos contratos de empréstimo das autarquias de algumas violações das normas que condicionam os limites do endividamento municipal ou das normas que estabelecem limites de duração ou finalidades específicas para os empréstimos.